

## Retentierecht op auteursrecht

### Inleiding

Het auteursrecht pleegt zowel in de praktijk als in de wetenschap in een zekere afzondering van de rest van het privaatrecht beoefend te worden. Desondanks kan het geen civilist ontgaan zijn dat vermogensrechten met een auteursrechtelijk karakter steeds vaker een substantieel onderdeel van boedels vormen. Het economisch belang van activiteiten die van het auteursrecht afhankelijk zijn, is in de afgelopen jaren fors toegenomen en daarmee tevens het belang van het auteursrecht voor de vermogensrechtelijk georiënteerde praktijkjurist. In dit verband zijn met name de voorrangrechten op vermogensrechten, waar het auteursrecht nu eenmaal toe behoort, een relatief beperkt ontgonnen terrein. Over bijvoorbeeld de mogelijkheden tot verpanding van auteursrechten is eigenlijk alleen door Spoor (BIE december 1990) en Thole (diss. 1990) het nodige geschreven. In dit artikel wil ik een uitzondering ten opzichte van het zakenrecht in de mogelijke voorrangrechten op auteursrechten bespreken, te weten het ontbreken van een mogelijkheid van een retentierecht op het auteursrecht. Een uitzondering die veroorzaakt wordt doordat art. 3:290 BW het retentierecht expliciet beperkt tot zaken, hetgeen meebrengt dat vermogensrechten zoals het auteursrecht buiten het werkingsgebied van het retentierecht vallen. Als eerste wil ik ingaan op de vraag of een dergelijk voorrangrecht voor een goed met een onstoffelijk karakter als het auteursrecht wenselijk zou zijn in het licht van het toenemende economisch belang van het auteursrecht in de huidige informatiemaatschappij. Vervolgens wil ik de doctrinaire achtergrond van deze uitsluiting en de praktische denkbaarheid van een dergelijk voorrangrecht bespreken om uiteindelijk tot de conclusie te komen dat een retentierecht of een daarop lijkend recht op het auteursrecht wenselijk is en mogelijk is.

### Casus

De vraag of een retentierecht, of een daarop gelijkend recht, op het auteursrecht wenselijk is, bespreek ik aan de hand van een hypothetische casus. Men denke zich de volgende situatie in: een producent van computerspellen besluit zich op de markt voor *on line* computerspellen te begeven. Aangezien de competenties van de softwareproducent in kwestie vooral op het gebied van het creatieve proces van spelontwikkeling liggen

en niet zozeer op het in de lucht houden van de machines waarmee het spel in kwestie, een digitale fantasiewereld, via het internet op abonnementsbasis toegankelijk zal worden gemaakt, wordt een ander bedrijf in de arm genomen om deze kant van het concept te verwezenlijken. Deze koopt op haar beurt machinecapaciteit en bandbreedte in bij een zogenaamd datahotel en beperkt haar eigen werkzaamheden tot het beheer van de applicatie, inclusief de toegangsverlening en de onderliggende databank op afstand. Het spel wordt, mede dankzij de uiterst oorspronkelijke vormgeving en het feit dat de spelers deze vormgeving kunnen veranderen en uitbreiden, een daverend succes en de abonnees stromen toe. Door de activiteiten van alle spelers is de fantasiewereld al snel onherkenbaar van karakter veranderd en is deze een compleet eigen leven gaan leiden. Gelukkig had het softwarehuis in zijn algemene voorwaarden opgenomen dat het auteursrecht op de door de spelers ingebrachte elementen haar toe zou komen. Helaas blijken de competenties van het softwarehuis zich net zo min tot systeembeheer als tot een gezond financieel beleid uit te strekken en door een aantal gewaagde internetavonturen is een faillissement onafwendbaar. De beheerder van de infrastructuur, die grote investeringen heeft gedaan om een goede dienstverlening aan de abonnees te kunnen garanderen, blijft dan ook achter met een grote vordering die zijn eigen solvabiliteit ernstig in gevaar brengt.

### Voorrang mogelijk?

Naar huidig recht is de vordering echter qua voorrangrechten maar karig bedeeld, zij zal concurrent zijn. Het is voor de curator van de failliete boedel betrekkelijk eenvoudig om op basis van art. 28 Auteurswet de *servers* met daarop de fantasiewereld in haar huidige vorm op te eisen, mocht het bedrijf aan wie het beheer was uitbesteed overgaan tot exploitatie voor eigen rekening, een actie in het auteursrecht die veel overeenkomsten vertoont met de zakenrechtelijke revindicatie van art. 5:2 BW. De opcisng kan echter niet worden gepareerd met een auteursrechtelijke equivalent van het retentierecht. Er zal voor de curator van de failliete boedel dan ook weinig aanleiding zijn om over de brug te komen, nu de exploitatierechten hoe dan ook bij het softwarehuis zijn gebleven. Anders

zou het zijn geweest als de systeembeheerder van te voren een pandrecht bij voorbaat tot zekerheid van zijn vordering tot vergoeding van zijn beheerswerkzaamheden had bedongen. Materieel zou dit tot een gelijksoortige situatie leiden als die waarin hij een retentierecht heeft, al moet de systeembeheerder dan maar hopen dat een financier niet al eerder een pandrecht bij voorbaat heeft bedongen. Een dergelijke constructie is echter sterk afhankelijk van zijn onderhandelingspositie en het is dan ook maar de vraag of dit in de praktijk veel gehanteerd kan worden, nog afgezien van de problematiek van de meervoudige verpanding. Ervan uitgaande dat een dergelijk pandrecht niet bedongen is, zal de systeem- en applicatiebeheerder in casu niets hebben om zich op te verhalen.

Geheel anders was het geweest als de casus een bordspellenfabrikant had betroffen die een logistieke dienstverlener in de arm had genomen om zijn succesvolle bordspel per postorder te distribueren. In dat geval had de logistieke dienstverlener een retentierecht op de bij hem aanwezige spelvoorraad gehad ex art. 3:290 BW, met alle privileges van dien. Zo niet onze onfortuinlijke beheerder, het betreft hier immers geen zaak. Het gehanteerde voorbeeld is zonder al te veel moeite te vervangen voor soortgelijke voorbeelden. Men denke aan het door externe partijen eurobestendig laten maken van boekhoudprogrammatuur, het inkleuren van zwartwitfilms, het porteren van computerprogrammatuur naar andere systeemtypes of het digitaal restaureren van geluidsopnames. Gezien de toenemende mate waarin diensten die niet tot de kernactiviteiten behoren uitbesteed worden aan toeleveranciers, is dit een situatie die steeds vaker reëel zal blijken te zijn. Deze derden worden in vergelijking met hen die soortgelijke werkzaamheden verrichten aan zaken met lege handen achtergelaten in het huidig recht. Mijns inziens lijkt het wenselijk om een voorrangrecht in het leven te roepen voor dergelijke gevallen. Het loont de moeite om na te gaan of het zakenrechtelijke retentierecht niet een soortgelijke rol zou kunnen spelen voor onstoffelijke zaken. Om die vraag te beantwoorden is het nuttig om na te gaan wat de doctrinaire achtergrond is van de expliciete uitsluiting van goederen die niet voor de menselijke beheersing vatbaar zijn in art. 3:290 BW.

### Retentierecht

Het retentierecht van art. 3:290 BW is primair een opschortingsrecht en is door Fesevur (diss. 1988) ook wel als een terughoudingsbevoegdheid getypeerd. Een

terughoudingsbevoegdheid vereist voor de uitoefening een feitelijke machtspositie van de houder om de eigenaar van het goed het genot van de eigendomsrechten te ontzeggen. Nu zijn vermogensrechten naar hun aard weinig tastbaar, hetgeen het vermogen tot terughouding op het eerste gezicht ernstig bemoeilijkt. Aarts (diss. 1990) merkt in dit verband het volgende op: 'Een retentierecht op rechten is niet goed denkbaar. Hoewel de term "retentie" op zichzelf geen beperking in deze zin impliceert, wordt algemeen aangenomen dat rechten wegens het ontbreken van het feitelijk element niet vatbaar kunnen zijn voor toepassing van het retentierecht.' De vraag of goederen vatbaar zijn voor retentie komt in de literatuur slechts spaarzaam aan de orde. De parlementaire geschiedenis van art. 3:290 BW concentreert zich vooral op de wettelijke regeling van het retentierecht in het algemeen, aangezien dit recht in het voorstel van Meijers geheel ontbrak. Buiten de discussie of dit recht in Boek 3 of 6 van het Burgerlijk Wetboek thuishoorde, is er betrekkelijk weinig aandacht besteed aan de inhoud van het retentierecht. Gesteld kan worden dat de bewuste uitsluiting van goederen die geen zaak zijn als object van het retentierecht niet zozeer doctrinair, maar meer praktisch van aard is. Het is een uitzondering, gezien het feit dat andere voorrangrechten, zoals het pandrecht, op vermogensrechten zeer wel mogelijk zijn.

Uitgaande van het feit dat het ontbreken van een retentierecht op vermogensrechten in het huidig recht geen dogmatische oorsprong heeft, wil ik aan de hand van het eerder beschreven voorbeeld van het insolvente softwarehuis nagaan of een dergelijk retentierecht praktisch nu werkelijk ondenkbaar is. Daarbij zal ik gebruik maken van de anatomie van het retentierecht in het huidige BW zoals beschreven door Fesevur (Voorrechten en retentierecht 1992), waarbij ik gemakshalve het begrip 'zaak' oneigenlijk zal hantieren, daar waar normaal gesproken sprake zou zijn van een goed.

Bij hantering van het model van Fesevur luidt de eerste vraag of er sprake is van een opschortingsrecht. Op basis van art. 6:52 lid 2 BW is de systeembeheerder gerechtigd om levering van de onderliggende databank op te schorten indien de opdrachtgever tekortschiet in zijn prestatie. Vervolgens moet de vraag gesteld worden of het opschortingsrecht ook een retentierecht is. Hiervoor geldt de eis dat de vordering opeisbaar dient te zijn. Ook aan deze eis is voldaan. De volgende eis is die van samenhang tussen de vordering en de afgifte van de 'zaak'. Het verband lijkt mij in casu volstrekt duidelijk. Ik ben nu beland bij een

potentieel knelpunt: de eis dat er sprake is van een 'zaak' van een ander die in de macht van de schuldeiser is gekomen. Dankzij het min of meer organische karakter van het auteursrecht kan hier inderdaad gesproken worden van een dergelijke 'zaak'. Op de apparatuur waarop het *on line* toegankelijke computerspel is opgeslagen, is door de tijd heen dankzij de wijzigingen en de onderlinge interacties van de spelers een digitale fantasiewereld ontstaan met een zozeer eigen karakter dat er op zijn minst sprake is van een afgeleide werk zoals bedoeld in art. 10 lid 2 Auteurswet (en daarmee van een auteursrecht naast dat op de oorspronkelijke versie). Er is dus sprake van een 'zaak' die niet in de feitelijke macht van de rechthebbende (het softwarehuis) is, maar die van de schuldeiser. Ook in het geval dat het in zich in de macht van de schuldeiser bevindende informatieproduct geen zelfstandig auteursrechtelijk karakter zou hebben ten opzichte van het oorspronkelijk werk, bijvoorbeeld bij het inkleuren van een oude zwartwitfilm, kan er dankzij de uitgebreide verkavelingsmogelijkheden van het auteursrecht eveneens gesproken worden van een dergelijke 'zaak'.

Een kleine uitwijding over deze eigenaardigheid van het auteursrecht is hier noodzakelijk. Object van het auteursrecht is niet de tastbare verschijningsvorm (*corpus mechanicum*) van het 'werk', maar de geestelijke schepping (*corpus mysticum*). Gevolg hiervan is dat het auteursrecht op de zwartwitfilm zich ook uitstrekt tot de ingekleurde versie. Daarbij komt nog dat beide versies afzonderlijk geëxploiteerd kunnen worden zonder dat de uitputting van het exploitatierecht op de ene versie het exploitatierecht op de andere versie beïnvloedt, zo heeft de Hoge Raad in het Rien Poortvliet-arrest (HR 19 januari 1979, NJ 1979, 412) uitgemaakt. Terug naar ons voorbeeld van het softwarehuis. Vanuit een goederenrechtelijk perspectief bezien, wordt op deze wijze het genot van het auteursrecht op de schepping ontzegd, ook al is het op grond van datzelfde auteursrecht in staat verveelvoudiging en openbaarmaking hiervan te verbieden. Als mogelijke beletselen voor het bestaan van een retentierecht in dit gedachte-experiment resten mij slechts de omstandigheden van art. 6:54 BW en een eventuele strijd met de redelijkheid en billijkheid. Geen van beide is in dit voorbeeld van toepassing en de conclusie is dat een retentierecht op een recht goed denkbaar is.

#### Afsluiting

Terugkijkend op de vraag of het retentierecht uitge-

breid moet worden tot vermogensrechten zoals het auteursrecht, dat hier nu van uitgesloten is, heb ik aan de hand van een gedachte-experiment geconstateerd dat genoemde uitsluiting een leemte creëert die rechtsongelijkheid tot gevolg heeft. Een crediteur die als het om een zaak zou gaan retentor zou zijn, heeft, nu het om een auteursrecht gaat, feitelijk geen verhaalsobject, tenzij deze van te voren een pandrecht heeft weten te bedingen. In een maatschappij die steeds meer een informatiemaatschappij begint te worden, is dat naar mijn mening ongewenst. Vervolgens heb ik besproken waarom het retentierecht zich beperkt tot zaken en heb daarbij geconstateerd dat genoemde uitsluiting niet dogmatisch van aard is, maar dat een dergelijk retentierecht praktisch ondenkbaar wordt geacht wegens het ontbreken van een feitelijk element. Een opvatting die ik getoetst heb aan het eerdere gedachte-experiment waarbij ik tot de conclusie ben gekomen dat een retentierecht op een auteursrecht wel degelijk mogelijk is, mede dankzij een aantal eigenaardigheden van het auteursrecht. Mede gezien het toenemende belang van auteursrechten in onze economie zou ik daarom willen pleiten voor een invoering van een retentierecht op auteursrecht, of op zijn minst voor een herbevestiging op de zekerheidsrechten van hen wier activiteiten betrekking hebben op voortbrengselen van de menselijke geest.

W.H. van Holst,  
student rechten EUR

## Art. 5 EEX en de plaats waar immateriële schade wordt geleden

HR 7 december 2001, RvdW 2001, 200

### Inleiding

Art. 5, aanhef en sub 3 van het EEG-Executieverdrag (EEX) bepaalt dat een vordering op grond van onrechtmatige daad kan worden ingesteld in een andere verdragsluitende Staat dan die waar de dader woont, indien het schadebrengende feit zich in die andere verdragsluitende Staat heeft voorgedaan. De zaak kan dan worden gebracht voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Dit in afwijking van de hoofdregel van het EEX, dat in beginsel uitsluitend rechtsmacht toekomt aan de rechter van de staat waar de gedaagde woont (art. 3 EEX). Als men

bijvoorbeeld in Nederland door een Fransman wordt aangereden, kan men de Fransman voor een Nederlandse rechtbank dagen en vergoeding van de geleden schade vorderen. Het systeem van het EEX brengt echter ook mee dat als men in Duitsland door een Duitser wordt aangereden, men de Duitser in Duitsland zal moeten aanspreken: ofwel voor de rechter van zijn woonplaats, ofwel voor de rechter van de plaats waar de aanrijding heeft plaatsgevonden. Wat nu als de materiële schade nihil is, maar later – eenmaal teruggekeerd in Nederland – immateriële schade wordt geleden? Nachten achter elkaar word je wakker omdat in nachtmerrie-achtige dromen steeds weer die Mercedes op je af komt. Je stelt je onder psychiatrische behandeling. De kosten van de psychiater worden door de verzekeraar vergoed, maar je wilt nu van de Duitse automobilist vergoeding voor de geleden (psychische) pijn en de terugkerende angst. Waar heeft zich het schadebrengende feit voorgedaan? In Duitsland ten tijde van de aanrijding? Of in Nederland ten tijde van de nachtmerries en angstvisioenen?

HR 7 december 2001, RvdW 2001, 200

In het hier te bespreken arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat in een vergelijkbaar geval de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt. Ook de immateriële schade is in Duitsland ingetreden. Het ging in deze zaak niet om een aanrijding, maar om een aanranding, althans om seksueel misbruik dat in de stad K, in Duitsland (in 1988) had plaatsgevonden.

A., het in Nederland wonende slachtoffer, heeft in Den Haag een procedure gestart om van de in Duitsland wonende dader W. vergoeding van de door haar geleden immateriële schade te vorderen (f 50.000/€ 22.689). W. stelt dat de Nederlandse rechter onbevoegd is. Rechtbank en hof hebben deze exceptie van onbevoegdheid afgewezen. De Hoge Raad verklaart de Nederlandse rechter onbevoegd.

De redenering van de Hoge Raad bestaat uit twee delen. Ten eerste overweegt de Hoge Raad dat de gestelde schade voortvloeit uit de aantasting van A.'s fysieke en psychische integriteit, dat deze aantasting heeft plaatsgevonden in Duitsland en dat *dus* het schadebrengende feit zich in Duitsland heeft voorgedaan. Apodictisch voegt de Hoge Raad daaraan toe: 'Daaraan kan niet afdoen dat A. de schadelijke gevolgen ervan heeft ondervonden in Nederland.'

Ten tweede overweegt de Hoge Raad meer in het algemeen over het toepassingsbereik van art. 5, aanhef en onder 3 van het EEX:

'De in art. 5, aanhef en sub 3, geregelde bijzondere bevoegdheid is gegeven om redenen van goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting. Het begrip "plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan" omvat daarom zowel de plaats waar de schade is ingetreden als de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis doch mag niet zo ruim worden uitgelegd dat het iedere plaats omvat waar de schadelijke gevolgen van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt, zich openbaren of voelbaar zijn.'

Hetgeen de Hoge Raad opmerkt over het toepassingsbereik van art. 5 EEX verbaast niet. Het past in een vaste lijn van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Uitgangspunt in deze jurisprudentie van het Hof is dat er een onderscheid gemaakt mag worden tussen de rechter van het *Handlungsort*, en de rechter van het *Erfolgsort*. Beiden kunnen bevoegd worden geacht. De rechter van het *Handlungsort* is bevoegd als rechter van de plaats waar de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden. De rechter van het *Erfolgsort* is bevoegd als rechter van de plaats 'waar de schade is ingetreden'. Dit onderscheid dateert uit 1976 toen het Hof van Justitie in zijn Kalimijnen-arrest zich geconfronteerd zag met de vraag waar 'het schadebrengende feit' zich voordoet in het geval van de zoutlozingen in de Rijn in Frankrijk die tot verzilting van de grond en daardoor schade aan gewassen in (o.a.) Zuid-Holland leidden (NJ 1977, 494). Het Hof van Justitie besliste toen dat de Nederlandse rechter rechtsmacht had als rechter van de plaats waar de schade is ingetreden, van het *Erfolgsort* dus.

De overweging van de Hoge Raad in de onderhavige zaak dat het criterium uit art. 5, sub 3, 'niet zo ruim [mag] worden uitgelegd dat het iedere plaats omvat waar de schadelijke gevolgen van een feit dat elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt, zich openbaren of voelbaar zijn', is een (vrijwel) letterlijk citaat uit de uitspraak van het Hof van Justitie van 19 september 1995, NJ 1997, 21 (Marinari/Lloyd's Bank: met een verhelderende noot van Th.M. de Boer).

De uitspraak in het voorliggende geval betekent dat immateriële schade die later in een ander land wordt geleden, op grond van art. 5 EEX geen bevoegdheid geeft aan de rechter van dat andere land, althans voorzover de geleden schade wordt geacht te zijn *ingetreden* op de plaats waar de schadeveroorzakende gebeur-